

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Droit des nouvelles technologies de l'information en Europe

Willems, Valerie; Poulet, Yves

*Published in:*

Revue internationale de droit économique

*Publication date:*

1993

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Willems, V & Poulet, Y 1993, 'Droit des nouvelles technologies de l'information en Europe', *Revue internationale de droit économique*, Numéro 2, p. 231-255.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# **DROIT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION EN EUROPE**

**Y. POULLET et V. WILLEMS**

**Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID)  
Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur\***

Le thème couvert est vaste et le lecteur voudra bien comprendre l'embarras des auteurs à proposer en une petite trentaine de pages ce qui devrait être une synthèse du droit dans les Communautés européennes relatif aux nouvelles technologies de l'information.

L'embarras s'explique par la diversité des sujets à aborder. Le droit des nouvelles technologies de l'information couvre des aspects de droit civil, comme le droit de la preuve par des documents informatiques, le droit des contrats informatiques ou télématiques, des aspects de droit pénal, de droit intellectuel, des aspects de droits administratif et public, des aspects constitutionnels comme le droit des libertés individuelles, sans mentionner des aspects de droits fiscal et comptable. Parmi les sujets qui ne sont pas abordés, il nous paraît important de souligner d'une part, l'existence d'une proposition modifiée de directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données<sup>1</sup> et d'autre part, la faible probabilité d'une intervention communautaire dans le domaine de la valeur probante des documents informatiques<sup>2</sup>.

Notre propos a été de dégager quelques tendances des droits de l'Europe communautaire sur trois thèmes :

- la protection des programmes d'ordinateurs et des bases de données;
- la criminalité informatique;
- les services télématiques grand public.

---

\* Yves POULLET est doyen de la Faculté de droit et directeur du CRID; Valérie WILLEMS est chercheur au CRID.

1 J.O.C.E. n° C 311 du 27.11.1992, p. 30.

2 Voir les conclusions des travaux du LAB (Legal Advisory Board) du 5 novembre 1992. En raison de l'absence pratique de conflits, de l'adoption de réponses techniques dans certains secteurs, du fait qu'est en cause un droit procédural, par nature national, une très grande majorité de participants se sont prononcés pour l'absence d'une réglementation.

Chacun de ces thèmes reflète, si on se place à une échelle européenne, un stade d'évolution différent, étant régi tantôt par un droit commun aux Etats membres, tantôt par des législations nationales de contenu varié, tantôt enfin par des codes de conduite émanant de l'industrie elle-même.

Ainsi, confrontés à la nécessité de protéger juridiquement les programmes d'ordinateurs, les Etats membres des Communautés européennes ont, dans un premier temps, légiféré en sens divers, le relais de leur action ayant été ensuite pris par le « législateur » communautaire qui a harmonisé le régime juridique de cette protection. En matière de bases de données, les Communautés européennes ont directement entrepris une action harmonisatrice, avant même que les Etats ne réagissent chacun spécifiquement.

Face à l'émergence d'une nouvelle forme de criminalité, la plupart des Etats membres ont tenté, de façon profondément originale, d'apporter une solution juridique propre aux questions posées, encadrés toutefois par les actions de plusieurs organisations internationales.

Quant aux problèmes nés de l'utilisation croissante des services télématiques grand public, ils ne trouvent à l'heure actuelle, à quelques exceptions près, que des ébauches de solution spécifique dans le cadre de codes de conduite élaborés par les professionnels du milieu et d'une force contraignante toute relative.

Le lecteur ne trouvera donc pas, pour les deux derniers thèmes, un relevé exhaustif des textes et des solutions. A partir d'une grille de lecture propre à chacun de ces deux sujets, nous avons essayé de relever les grandes tendances des réglementations des Etats membres des Communautés européennes, nous bornant parfois à n'envisager que l'une ou l'autre des solutions, renvoyant pour le reste le lecteur aux références des textes et à une bibliographie sélective.

## **1 LA PROTECTION JURIDIQUE DES PROGRAMMES D'ORDINATEURS ET DES BASES DE DONNÉES**

### **1.1 Introduction**

Dans son Livre Vert de 1988 sur le droit d'auteur et le défi technologique<sup>3</sup>, la Commission des Communautés européennes mettait notamment l'accent sur l'importance économique du marché des programmes d'ordinateur et des bases de données et soulignait la nécessité de les protéger contre les actes de piratage<sup>4</sup>.

3 COM (88), 172 final.

4 La nécessité de cette protection avait déjà été relevée, pour les programmes d'ordinateurs, dans le Livre Blanc de 1985 sur l'achèvement du marché intérieur. La Commission y annonçait son intention de proposer au Conseil avant 1987 des mesures en ce sens.

Auparavant, une directive avait déjà été adoptée par le Conseil afin d'assurer la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs<sup>5</sup>.

Aujourd'hui, une directive 91/250/CEE «concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs»<sup>6</sup> a été adoptée par le Conseil des Communautés européennes et une proposition modifiée de directive «concernant la protection juridique des bases de données»<sup>7</sup> est en voie de l'être.

Des approches similaires ont été suivies dans les deux domaines en raison de l'analogie des problèmes soulevés, des règles particulières étant toutefois prévues dans la proposition de directive sur les bases de données. La spécificité de ces règles est justifiée par l'insuffisance pour ces dernières d'une protection par le droit d'auteur et pour tenir compte de l'évolution de la jurisprudence relative aux rapports entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence.

Le présent chapitre retrace, dans une première partie, les grandes lignes des deux réglementations communautaires et soulève quelques questions qui risqueront de se poser lors de leur application. Dans une deuxième partie, sont rapidement analysés les principes dégagés par le Tribunal de Première Instance dans ses arrêts Magill TV Guide relatifs aux limites à apporter au droit d'auteur pour assurer la libre concurrence et ses incidences sur le droit des nouvelles technologies de l'information. Dans une troisième partie enfin, sont brièvement décrites les règles spécifiques prévues dans la proposition de directive sur les bases de données.

## 1.2 La protection juridique des programmes d'ordinateurs et des bases de données : une approche similaire

Tant pour les programmes d'ordinateur que pour les bases de données, la divergence<sup>8</sup> des systèmes de protection nationale en Europe imposait une harmonisation «minimale» des règles, ce qui permettait de plus d'assurer un niveau adéquat de protection<sup>9</sup>. Cette protection assurée devrait permettre la réalisation des investissements nécessaires au développement du marché de l'information et la stimulation de la concurrence.

---

5 Directive 87/54/CEE du 16 décembre 1986 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs, *J.O.C.E.* n° L 24 du 27 janvier 1987, p. 36.

6 *J.O.C.E.* n° L 122 du 17 mai 1991, p. 42.

7 COM (93), 464 final SYN 393; ci-après «la proposition de directive».

8 Les divergences tiennent dans l'existence ou non d'un système de protection et dans l'affirmative, dans les conditions de cette protection : interprétation de la notion d'originalité, durée de la protection, titularité des droits, étendue des droits exclusifs.

9 D'autres objectifs apparaissent à la lecture des deux textes. Ainsi, la directive sur les programmes d'ordinateurs se veut-elle promotrice de la normalisation internationale (considérant 9). Quant à la proposition de directive sur les bases de données, elle vise aussi à garantir un accès suffisant aux sources d'information. Cet objectif, qui s'inscrit dans une problématique plus large, sera développé ci-dessous.

On constate toutefois que pour de nombreux points d'une grande importance pratique, la directive et la proposition de directive renvoient aux législations nationales des Etats membres, acceptant par là-même des divergences dans l'application des règles qu'elles établissent<sup>10</sup>.

### 1.2.1 Type de protection

Une protection était nécessaire, il convenait de l'assurer rapidement. En optant pour la protection par le droit d'auteur dans le respect de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, cet objectif a pu être atteint. L'existence d'un système international de protection n'était évidemment pas la seule raison militant en faveur de la protection par le droit d'auteur<sup>11</sup>. Une majorité d'Etats membres<sup>12</sup> avait déjà fait un choix législatif en ce sens pour les programmes d'ordinateur. Il en était de même des Etats-Unis et du Japon. Quant aux bases de données, en l'absence de législation spécifique les protégeant dans les Etats membres, il était souhaitable de suivre la même approche, celle-ci étant d'ailleurs favorablement accueillie par la doctrine et la jurisprudence.

Les programmes d'ordinateurs sont protégés en tant qu'«oeuvres littéraires» au sens de la Convention de Berne et les bases de données en tant que «collections» au sens de la même convention<sup>13</sup>.

Une protection supplémentaire est accordée au créateur d'une base de données qui se voit conféré le droit d'empêcher l'extraction déloyale du contenu de la base. Ce concept original trouve son fondement dans le constat que le droit d'auteur ne peut suffire à protéger efficacement les bases de données<sup>14</sup>. En effet, l'exigence d'originalité de la protection par le droit d'auteur est rarement remplie pour les bases de données<sup>15</sup>.

10 Voir le considérant 5 de la directive 91/250/CEE et le considérant 3 de la proposition de directive. L'harmonisation étant justifiée par la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché commun, il ne convient pas de supprimer ou d'empêcher d'apparaître les différences n'y portant pas notablement atteinte.

11 D'autres systèmes de protection étaient envisageables : celui des brevets (exclu par la Convention de Munich pour les logiciels «en tant que tels») ou l'adoption d'un régime spécifique (soutenu par l'O.M.P.I.). Quant aux inconvénients présentés par ces solutions; cf. F. BRISON et J.P. TRIAILLE, La Directive C.E.E. du 14 mai 1991 et la protection juridique des programmes d'ordinateur en droit belge, *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 782.

12 En 1988, la France, l'Allemagne, l'Espagne et le Royaume-Uni avaient déjà adopté des dispositions législatives protégeant les programmes d'ordinateurs par le droit d'auteur. Le Danemark, l'Italie, les Pays-Bas, l'Irlande et le Portugal avaient des projets en ce sens.

13 Article 1§1 de la directive 91/250/CEE et article 2§1 de la proposition de directive.

14 Notons toutefois que lors des discussions ayant eu lieu suite à la publication du Livre Vert sur le droit d'auteur et le défi technologique, une grande majorité d'intervenants considéraient comme suffisante la protection par le droit d'auteur. Cf. «Suites à donner au Livre Vert», C.O.M. (90), 584 final; sur le caractère insuffisant de cette protection, cf. J.P. TRIAILLE, La protection juridique des bases de données, in *Droit de l'informatique : enjeux - nouvelles responsabilités*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, 1993, p. 159.

15 Voir infra point 4.

## 1.2.2 Objet de la protection

L'article 1 de la directive 91/250/CEE ne définit pas le programme d'ordinateur, objet de la protection. L'inconvénient d'une telle définition eut été le risque qu'elle devienne rapidement obsolète suite aux perpétuels développements technologiques. Il y est simplement précisé que le programme comprend le matériel de conception préparatoire<sup>16</sup>. Sont protégées au même titre que les programmes, les interfaces<sup>17</sup> de ceux-ci. Cette question ainsi que celle de la décompilation, toutes deux étroitement liées à l'interopérabilité des programmes et matériels informatiques, avaient fait l'objet de discussions très vives lors de l'adoption de la directive<sup>18</sup>.

La proposition de directive sur les bases de données définit les bases de données comme «une collection de données, d'œuvres ou d'autres matières disposées, stockées et accessibles par des moyens électroniques, y compris les éléments nécessaires» à leur fonctionnement<sup>19</sup>. Ne sont donc pas visées les bases constituées sur support papier. Ceci risque de poser des problèmes pratiques car la frontière entre les bases sur support papier et les bases électroniques est parfois difficile à tracer (exemple : passage au scanner).

## 1.2.3 Conditions de la protection

Une seule condition doit être remplie dans les deux cas pour que le droit d'auteur soit reconnu : l'originalité. Tranchant en faveur de l'interprétation continentale de la condition d'originalité<sup>20</sup>, la directive et la proposition de directive définissent celle-ci comme étant le reflet d'une création intellectuelle propre à l'auteur du programme ou de la base de données.

16 Pour des précisions supplémentaires, voir le considérant 7 de la directive.

17 Les interfaces sont définies comme les parties du programme qui assurent l'interconnexion et l'interaction entre les éléments des logiciels et des matériels (considérant 10 de la directive). Sur la question de la protection des interfaces, cf. T.C. VINJE, La directive européenne sur la protection des logiciels et la création de produits interopérables, *Droit de l'Informatique*, 1992, n° 2, p. 13.

18 A cet effet, des groupes de pression s'étaient constitués : Action Group for Europe (SAGE), European Committee for Interoperable System (ECIS), Computer Users of Europe (CUE). Ces groupes ont continué leur action par la suite, notamment suite à l'adoption des arrêts *Magill TV Guide* par le Tribunal de Première Instance dont il sera question ci-dessous et dans le cadre des discussions relatives à la proposition de directive sur les bases de données.

19 Article 1§1 de la proposition de directive.

20 Sur les différences d'interprétation de la condition d'originalité entre les pays de common law et les pays de tradition civiliste, cf. G. LEA, Part 1 - the problems, *The Computer Law and Security Report*, 1993, 9, p. 68; E. VOINOT, Protection des programmes en droits d'auteur canadien, américain et français - deuxième partie : protection par l'originalité, *Expertises*, 1991, p. 186. Très brièvement, selon la conception continentale du droit d'auteur, il y a originalité si l'œuvre porte la marque de la personnalité de son auteur. Au contraire, la conception de common law est beaucoup plus souple, protégeant par le «copyright» des œuvres ayant nécessité des efforts ou des investissements importants. Toutefois, la Cour Suprême des Etats-Unis, dans un arrêt *FEIST* de mars 1991, a tranché en faveur de la théorie continentale du droit d'auteur, refusant de protéger par celui-ci un annuaire téléphonique composé des listes d'abonnés de plusieurs compagnies de téléphone (*Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co. Inc.*, Cour Suprême des Etats-Unis, arrêt du 27 mars 1991, n° 89-1909, *BNA's Patents, Trademarks and Copyright Journal*, 1991, p. 453.)

Une petite différence existe, c'est «par le choix ou la disposition des matières» qu'une base de données peut se révéler originale.

La protection porte donc sur la base de données elle-même, non sur son contenu. La proposition de directive précise que «la protection de la base de données par le droit d'auteur ne s'étend pas aux oeuvres ou aux matières qui y sont contenues, qu'elles soient elles-mêmes protégées ou non par le droit d'auteur». Corollairement, l'article 5 de la proposition de directive prévoit que l'incorporation d'une oeuvre dans une base de données reste soumise à l'autorisation du titulaire des droits sur cette oeuvre<sup>21</sup>.

Ce choix ne sera pas sans influence sur la situation existante dans les Etats membres. Ainsi, des programmes d'ordinateurs qui n'étaient pas protégés par le droit d'auteur en Allemagne<sup>22</sup> le sont depuis que la directive a été transposée en droit interne. Par contre, au Royaume-Uni, toujours actuellement, un grand nombre de bases de données bénéficient d'une protection par le «copyright», bases de données qui ne seront plus protégées, une fois la proposition de directive adoptée par le Conseil et transposée en droit interne que par le droit d'empêcher l'extraction déloyale du contenu de la base<sup>23</sup>.

Par ailleurs, on peut parfois douter du caractère adéquat d'un tel critère appliqué à des produits manquant souvent d'originalité pour des raisons qu'on ne peut imputer à leurs créateurs. En effet, la forme à adopter dans un programme d'ordinateur est parfois déterminée par la fonction à réaliser. Par ailleurs, une base de données de qualité est souvent exhaustive et présentée de manière logique, et donc dépourvue d'originalité.

#### 1.2.4 Titularité du droit d'auteur

Dans ce domaine, les règles prévues dans la directive et dans la proposition de directive sont strictement identiques<sup>24</sup>. L'auteur d'un programme d'ordinateur ou d'une base de données est la personne physique ou le groupe de personnes physiques qui a créé le programme ou la base. Des renvois aux législations nationales sont prévus, ce qui risque de poser des problèmes en cas d'exploitation internationale de ces produits. En effet, si la législation d'un Etat membre le permet, la personne

21 Une exception est prévue en faveur de l'incorporation de «références bibliographiques, d'extraits ou de brèves citations» à condition que le nom de l'auteur et la source de la citation soient clairement indiqués (article 5§2 de la proposition de directive).

22 La jurisprudence allemande avait placé la barre du critère d'originalité assez haut, exigeant que le programme montre une créativité nettement supérieure aux résultats du programmeur moyen (Cour fédérale suprême, 9 mai 1985, arrêt *Inkassoprogramme*).

23 Cette situation explique le mécontentement de la «British Computer Society». Cf. IPC (Intellectual Property Committee), British Computer society Intellectual Property Committee comments on the EC proposal for a Council Directive on the legal protection of databases, *The Computer Law and Security Report*, 1993, 9, p. 4.

24 Article 2 de la directive 91/250/CEE et article 3 de la proposition de directive.

considérée comme ayant créé une œuvre collective ou encore une personne morale pourront être considérées comme titulaires du droit d'auteur.

Une règle importante établie par les deux textes communautaires est l'habilitation de principe de l'employeur à exercer tous les droits patrimoniaux afférents au programme ou à la base de données lorsque ceux-ci sont créés par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de l'employeur. Plusieurs difficultés sont susceptibles de se poser lors de l'application de cette règle : l'utilisation d'une terminologie «employeur-employé» dont l'étendue peut présenter des différences selon les Etats membres et l'exclusion des droits moraux de cette cession. L'employé restant titulaire par exemple du droit moral au respect de son œuvre ne pourrait-il ainsi s'opposer à l'autorisation conférée par son employeur à un tiers du droit d'adapter l'œuvre<sup>25</sup> ?

Enfin, notons que la question de la qualité d'auteur d'un programme généré par l'utilisation d'un autre programme n'a pas été tranchée par la directive 91/250/CEE.

### 1.2.5 Droits exclusifs du titulaire du droit d'auteur

A l'exception du droit exclusif de communication, d'exposition ou de représentation de la base de données au public, les titulaires d'un droit d'auteur sur un programme d'ordinateur ou sur une base de données se voient conférés les mêmes droits exclusifs de faire et d'autoriser :

- la reproduction permanente ou provisoire;
- la traduction, l'adaptation, l'arrangement et toute autre transformation;
- toute forme de distribution au public de l'original ou de copies de l'œuvre, en ce compris la location<sup>26</sup>.

De manière identique, est prévu l'épuisement du droit de distribution de la copie après la première vente dans la Communauté d'une copie de l'œuvre par le titulaire du droit exclusif ou avec son consentement. Toutefois, dans les deux cas, le titulaire du droit exclusif conserve le contrôle des locations ultérieures des œuvres ou de leurs copies.

On constate donc que les droits exclusifs ne couvrent pas les droits moraux, que le prêt au public d'un programme ou d'une base de données reste en dehors du champ d'application des textes communautaires<sup>27</sup> et surtout que seul le droit de

25 F. BRISON et J.P. TRIAILLE, La directive C.E.E. du 14 mai 1991 et la protection juridique des programmes d'ordinateur en droit belge, *op. cit.*, pp. 786 et 787.

26 Article 4 de la directive 91/250/CEE et article 6 de la proposition de directive.

27 La question du prêt public fait l'objet d'une directive spécifique, la directive 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, *J.O.C.E.* n° L 346 du 27.11.1992, p. 61.



distribution et non celui de reproduction est soumis à la règle de l'épuisement<sup>28</sup>. On peut s'interroger sur l'utilité réelle de cette règle si l'acheteur d'une copie d'un programme ne peut la reproduire sans l'autorisation du titulaire des droits exclusifs.

### 1.2.6 Exceptions aux droits exclusifs

Sur ce point, la directive sur les programmes d'ordinateur et la proposition de directive sur les bases de données divergent de manière plus conséquente, le titulaire du droit d'auteur sur une base de données étant davantage protégé que le titulaire de ce même droit sur un programme d'ordinateur. Cette situation s'explique par la nécessité de permettre la création de programmes ou matériels interopérables avec le programme protégé.

Sauf dispositions contractuelles contraires, l'acquéreur légitime d'une base de données peut effectuer sans l'autorisation du titulaire, tous les actes de reproduction, de traduction, d'adaptation ou d'arrangement nécessaires à l'accès au contenu de la base et à son utilisation<sup>29</sup>.

L'utilisateur légitime peut effectuer les mêmes actes lorsqu'ils sont nécessaires pour l'utilisation de la base conformément aux arrangements contractuels avec le titulaire du droit. Ce dernier conserve donc toujours la possibilité d'interdire l'accomplissement de tels actes ou du moins de les limiter ou encore de les conditionner.

Par contre, le titulaire de droits exclusifs sur un programme d'ordinateur ne peut s'opposer à ce que la personne ayant le droit d'utiliser le programme en fasse une copie de sauvegarde si elle est nécessaire pour son utilisation et en observe ou étudie le fonctionnement afin de déterminer les idées et principes qui en sont à la base<sup>30</sup>.

Le même titulaire peut par contre régir par contrat le droit de l'acquéreur légitime d'accomplir les actes de reproduction, de traduction, d'adaptation ou d'arrangement nécessaires à l'utilisation du programme conformément à sa destination<sup>31</sup>.

Ces exceptions se justifient d'une part, en raison de la nécessité de reproduire un programme ou une base de données pour pouvoir l'utiliser et d'autre part, afin d'assurer un certain accès à la concurrence.

28 Pour une analyse détaillée de la règle de l'épuisement appliquée aux programmes d'ordinateur et aux bases de données, cf. J. WORTHY, *Creating a secondary market in software and databases*, *The Computer Law and Security Report*, 1992, 8, p. 256. L'auteur s'interroge notamment sur l'interprétation à donner au terme «vente» utilisé par le «législateur communautaire».

29 Article 7§2 de la proposition de directive.

30 Article 5§2 et 3 et article 9 de la directive 91/250/CEE.

31 Il semble y avoir une contradiction entre l'article 5§1 de la directive et le considérant 17 de celle-ci qui n'admet pas l'interdiction par contrat des actes de chargement et de déroulement nécessaires à l'utilisation d'une copie d'un programme ainsi que la correction de ses erreurs.

On constate une grande variété dans la terminologie utilisée. Les textes communautaires parlent tantôt d'acquéreur légitime, tantôt d'utilisateur légitime, tantôt de personne ayant le droit d'utiliser le programme ou habilitée à utiliser une copie d'un programme. Outre le fait qu'on ne sait si l'expression d'«acquéreur légitime» vise la vente d'un support du programme ou la licence d'utilisation du programme<sup>32</sup>, une harmonisation de la terminologie eut été souhaitable dans un souci de cohérence.

Des questions restent soulevées<sup>33</sup> : Quid en cas d'impossibilité technique de copier le programme ? Comment assurer la maintenance du programme sans se heurter sans cesse aux droits du créateur de celui-ci, la maintenance comprenant bien plus que la simple correction des erreurs<sup>34</sup> ? En pratique, n'y a-t-il pas un risque que cette maintenance soit réservée au titulaire des droits exclusifs ? La tierce maintenance est-elle possible pour la simple correction des erreurs<sup>35</sup> ?

Plus fondamentale est l'exception prévue à l'article 6 de la directive 91/250/CEE qui permet, moyennant le respect de certaines conditions, d'accomplir sans l'autorisation du titulaire des droits, des actes de reproduction ou de traduction de la forme du code pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un programme d'ordinateur créé de façon indépendante avec d'autres programmes.

Pour créer un programme interopérable à un autre, il est nécessaire d'obtenir les informations sur les interfaces du programme initial et pour ce faire<sup>36</sup>, de le reproduire et de le transformer. En l'absence d'une telle exception, le titulaire des droits exclusifs aurait pu refuser son autorisation à l'accomplissement de tels actes, empêchant ainsi le développement de toute forme de concurrence.

La décompilation autorisée permet donc uniquement de créer un programme compatible qui sera connecté au programme étudié ou encore un programme concurrent du programme décompilé et qui n'y sera pas connecté<sup>37</sup>.

32 Si le texte de la directive ne parle que de l'acquéreur légitime, l'historique de la rédaction montrerait qu'est aussi visé le titulaire d'une licence. En ce sens, cf. T.DREIER, La Directive du Conseil des Communautés européennes du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *La Semaine Juridique*, 1991, n° 47, p. 351.

33 Sur tous ces points, cf. F. BRISON et J.P. TRIAILLE, La Directive C.E.E. du 14 mai 1991 et la protection juridique des programmes d'ordinateur en droit belge, *op. cit.*, p. 788.

34 Le Parlement européen avait proposé un amendement autorisant la décompilation pour assurer la maintenance du programme. Il fut rejeté en raison du fait que cette maintenance entraîne souvent une adaptation substantielle du programme.

35 Quant à la question éventuelle de l'interdiction par contrat par le titulaire du droit d'auteur à l'utilisateur d'un programme de réaliser une copie de sauvegarde, ne peut-on pas considérer qu'il s'agirait d'un abus de droit ?

36 Sur les techniques d'analyse inverse autres que la décompilation, cf. T.C. VINJE, La directive européenne sur la protection des logiciels et la création de produits interopérables, *Droit de l'Informatique*, 1992, 2, p. 13.

37 Dans son vingtième rapport annuel sur le droit de la concurrence, la Commission explique : «Le souci de la Commission concernant la Directive sur la protection des logiciels était d'assurer le maintien d'un juste équilibre entre, d'une part, la protection des droits attachés au programme et,

### 1.2.7 Durée de la protection

Tant pour les programmes d'ordinateur que pour les bases de données, la durée de la protection par le droit d'auteur est de cinquante ans après le décès de l'auteur ou après le décès du dernier auteur survivant. Des règles particulières ont été prévues pour les oeuvres anonymes ou pour celles publiées sous un pseudonyme, de même que pour les oeuvres dont l'auteur est une personne morale<sup>38</sup>.

En l'absence d'une harmonisation plus générale de la durée de protection<sup>39</sup> du droit d'auteur, les Etats membres sont autorisés à appliquer une durée plus longue. La France dont la règle est une durée de vingt-cinq ans à partir de la création du programme devra modifier sa législation sur ce point.

Une règle spéciale<sup>40</sup> a été introduite dans la proposition de directive sur les bases de données en vertu de laquelle un changement substantiel dans la sélection ou la disposition du contenu d'une base de données donne lieu à la création d'une nouvelle base. Court dès lors une nouvelle période de protection. Par contre, les modifications non substantielles ne font pas courir de nouveau délai. La ligne de démarcation entre les deux risque de se révéler difficile à déterminer.

### 1.2.8 Transposition en droit national

La directive 91/250/CEE devait être transposée pour le 1er janvier 1993. Neuf mois plus tard, seuls l'Allemagne, le Danemark, la Grèce, l'Irlande, l'Italie et le Royaume-Uni ont introduit la directive dans leur droit interne.

Les domaines dans lesquels les législations nationales existantes doivent être le plus aménagés sont ceux de la définition de l'originalité, de la titularité par l'employeur des droits patrimoniaux, de la décompilation et de la durée de la protection<sup>41</sup>.

d'autre part, la sauvegarde d'un environnement économique susceptible d'encourager la concurrence et l'innovation sur le marché... la décompilation est permise dans la mesure où elle s'avère nécessaire à l'interopérabilité d'un programme d'ordinateur créé de façon indépendante. Un tel programme peut être connecté au programme sujet à la décompilation. Il peut également concurrencer le programme décompilé et, dans ces circonstances, il n'y sera pas connecté. L'article 6 ne permet cependant pas la décompilation au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'interopérabilité du programme créé de façon indépendante. La décompilation ne peut donc pas servir à créer un programme qui reproduit des parties d'un programme décompilé qui n'ont rien à voir avec l'interopérabilité du programme créé de façon indépendante».

Sur la question plus spécifique de la possibilité d'analyser le software pour développer du hardware interopérable, cf. ECIS, Implementation in UK legislation of EC software directive – the ECIS response, *The Computer Law and Security Report*, 1992, 8, p. 11.

38 Article 8 de la directive 91/250/CEE et article 9 de la proposition de directive.

39 Il existe une proposition de directive sur l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (COM(92)33). La durée prévue par la proposition est de septante ans après la mort de l'auteur, pour les oeuvres littéraires et artistiques au sens de la Convention de Berne.

40 Article 12 de la proposition de directive, cet article définit les termes «modification substantielle» et «modification non substantielle».

41 Sur les différences entre législations nationales, cf. Bulletin, Software directive approved, may 1991.

### 1.3 Rapports entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence

Dans trois arrêts Magill TV Guide rendus le 10 juillet 1991<sup>42</sup>, le Tribunal de première instance a considéré que le fait de s'opposer à l'apparition sur le marché d'un produit nouveau (grilles de programmes hebdomadaires), de même que l'utilisation du droit d'auteur pour s'assurer un monopole de fait sur le marché dérivé des guides de télévision hebdomadaires étaient constitutifs d'un abus de position dominante interdit par l'article 86 du traité CEE<sup>43-44</sup>.

On voit immédiatement l'incidence que de tels arrêts, s'ils sont confirmés par la Cour de justice<sup>45</sup>, pourraient avoir dans le domaine des programmes d'ordinateur<sup>46</sup>. En effet, si les procédures d'analyse inverse autorisées par la directive 91/250/CEE s'avéraient insuffisantes pour trouver l'information nécessaire à la création de produits interopérables et que le titulaire des droits exclusifs refusait de la fournir, le fabricant du programme compatible pourrait invoquer la jurisprudence Magill<sup>47</sup>. De même, on pourrait envisager de l'appliquer dans l'hypothèse où ne serait pas admise l'application de l'article 6 de la directive pour créer du hardware interopérable à partir d'un logiciel, ou encore dans l'hypothèse où le titulaire du droit d'auteur en position dominante utiliserait ses droits exclusifs pour empêcher la concurrence sur le marché dérivé de la maintenance<sup>48</sup>. On peut se demander, à la lumière de ces possibilités de

42 Arrêts T 69, 70 et 76-89, RTE, BBC et ITP c. Commission, 10 juillet 1991, *Recueil*, 1991, II, p. 485 et s.

43 Pour une analyse détaillée de ces arrêts, cf. notamment : R.E. MYRICK, Will intellectual property on technology still be viable in a unitary market, *European Intellectual Property Review*, 1992, 9, p. 298; J. FLYNN, Intellectual property and anti-trust : EC attitudes, *European Intellectual Property Review*, 1992, 2, p. 49; A. REINDL, The Magic of Magill : TV Program Guides as a Limit of Copyright Law, *ICC*, 1993, vol. 24, p. 60.

Sur les incidences des arrêts sur les nouvelles technologies, cf. T.C. VINJE, Magill : its impact on the information technology industry, *Computer Law Review*, 1993, 2, p. 16; P. L'ECLUSE, Software copyright after Magill, *Managing Intellectual Property*, December 1991, p. 11.

44 Ces arrêts présentent une certaine originalité. Partant du postulat que les rapports entre les droits nationaux de propriété intellectuelle et les règles générales du droit communautaire sont expressément régis par l'article 36 du traité et que cet article doit être apprécié à la lumière des exigences liées à l'établissement d'un régime de libre concurrence, le Tribunal de première instance applique le test de proportionnalité induit de l'article 36 paragraphe 2 du traité à un examen découlant de l'article 86 du traité (attendu 61 de l'affaire T 70/89).

45 Un recours a été introduit auprès de la Cour de justice. Un des groupes de pression qui s'était constitué lors des discussions qui ont précédé l'adoption de la directive 91/250/CEE, ECIS, est intervenu à l'occasion de ce recours.

46 La Commission a déclaré applicable aux programmes d'ordinateur le raisonnement qu'elle a tenu dans l'affaire Magill et qui a été admis par le Tribunal de première instance (attendu 35 de l'affaire T-70/89).

47 Notons que le considérant 26 de la directive 91/250/CEE précise que ses dispositions sont sans préjudice de l'application des règles de concurrence des articles 85 et 86 du traité CEE si un fournisseur occupant une position dominante refuse de mettre à disposition l'information nécessaire pour l'interopérabilité.

48 Ces hypothèses d'application de la jurisprudence Magill sont tirées de l'article de T.C. VINJE cité à la note 38.

répercussions, si le Tribunal de première instance n'a pas, dans une certaine mesure, indirectement remis en cause la directive 91/250/CEE par ses arrêts Magill.

Comme nous allons le voir ci-dessous, la Commission a, dans le cadre de la proposition de directive sur les bases de données, anticipé la réaction de la Cour de justice en prévoyant l'obligation pour le créateur d'une base de données disposant d'un monopole sur la source du contenu de sa base, d'accorder des licences à des conditions équitables et non discriminatoires. Ces conditions contiennent sans en douter le droit pour le créateur de la base à une redevance, la détermination de son montant risquant toutefois d'être bien délicate à établir<sup>49</sup>.

#### **1.4 La protection sui generis accordée aux bases de données : le droit d'empêcher l'extraction non autorisée**

C'est la grande innovation de la proposition de directive qui accorde au créateur de la base, en plus du droit d'auteur, le droit d'empêcher l'extraction et la réutilisation non autorisées du contenu de la base à des fins commerciales<sup>50</sup>.

Ces deux protections sont indépendantes l'une de l'autre et le droit d'empêcher l'extraction déloyale ne joue pas lorsque le contenu de la base est déjà protégé par un droit d'auteur ou un droit voisin.

Comme il a été précédemment indiqué, c'est l'insuffisance de la protection par le droit d'auteur appliquée aux bases de données qui explique l'introduction de ce nouveau droit. Cette insuffisance s'explique par les difficultés pour les bases de données de remplir la condition d'originalité qui sous-tend la protection par le droit d'auteur, difficulté tenant à la définition continentale de cette condition dans la proposition de directive et au manque d'«originalité» dans le choix et la disposition d'une base de données d'utilité pratique. Elle s'explique également par l'inadéquation de l'objet de la protection (forme) au but poursuivi, le contenu de la base généralement d'une valeur économique importante justifiant davantage une protection que sa forme<sup>51</sup>.

La durée de protection est de quinze ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier de l'année qui suit la première mise à disposition du public ou de toute modification substantielle de la base de données<sup>52</sup>. Cette durée est jugée par d'aucuns<sup>53</sup> ridiculement

49 Le tribunal de première instance précise, en son attendu 58, que la fonction essentielle du droit d'auteur au sens de l'article 36 du traité est «d'assurer la protection morale de l'oeuvre et la rémunération de l'effort créateur, dans le respect des objectifs poursuivis en particulier par l'article 86». (notons le caractère un peu curieux de cette affirmation, le Tribunal ayant rappelé auparavant que les deux prérogatives essentielles de l'auteur sont le droit exclusif de représentation et le droit exclusif de reproduction). Plus concrètement, on peut se demander sur quelle base sera fixée cette rémunération, par rapport à quel marché ? Le juge ne risque-t'il pas de devenir le seul interprète du caractère équitable de celle-ci ?

50 Article 10 de la proposition de directive.

51 J.P. TRIAILLE, *La protection juridique des bases de données*, *op. cit.*, p. 169.

52 Article 12 de la proposition de directive.

53 Voir l'avis du Comité Economique et Social, *J.O.C.E.* n° C 19 du 25.01.1993, p. 3; voir aussi IPC,

courte, une base de données mise à jour peu avant l'écoulement de ce délai ne pouvant plus bénéficier de la protection, sauf à considérer cette mise à jour comme une modification substantielle<sup>54</sup>.

Des exceptions à ce droit sui generis sont prévues en faveur des utilisateurs légitimes<sup>55</sup> d'une part et des concurrents d'autre part.

Pour éviter que le créateur d'une base de données qui dispose d'un monopole sur la source des œuvres ou matières contenues dans sa base n'empêche l'accès à celle-ci à des concurrents, l'article 11 de la proposition de directive prévoit qu'il devra accorder des licences à des conditions équitables et non discriminatoires, si du moins sa base a été rendue accessible au public<sup>56</sup>.

On voit ici clairement que la Commission des Communautés européennes a voulu tenir compte des enseignements des arrêts Magill TV Guide en matière de droit d'auteur et éviter aux concurrents potentiels l'introduction d'une procédure pour violation des règles de libre concurrence.

Il est également prévu que de telles licences devront être accordées lorsque la base de données a été rendue accessible au public par des organismes publics tenus de rassembler et de diffuser l'information. Cette hypothèse a pour objectif de permettre l'exploitation par des opérateurs privés de l'information détenue par les pouvoirs publics.

## 1.5 Conclusions

La protection juridique des programmes d'ordinateur et celle des bases de données ont fait l'objet d'une approche similaire de la part des Communautés européennes, justifiée par le suivi d'une certaine cohérence dans la lutte contre le piratage de deux produits issus des technologies nouvelles de l'information, quitte à déformer quelque peu les concepts du droit de la propriété intellectuelle. Il s'agit, en effet, davantage dans ces deux cas, de protéger un investissement économique qu'une œuvre littéraire originale. Un droit complémentaire d'empêcher l'extraction déloyale qui s'inspire des règles du droit de la concurrence est toutefois venu se greffer à la protection par le droit d'auteur des bases de données.

---

British Computer Society Intellectual Property Committee comments on the EC proposal for a Council Directive on the legal protection of databases, *op. cit.*, p. 6.

54 De nouveau, les termes «modification substantielle» et «modification non substantielle» sont définis dans la proposition de directive, cette définition risquant de n'être pas d'un grand secours. Ainsi, une modification substantielle correspond à «une accumulation successive d'ajouts, de suppressions ou de changements non substantiels dans le contenu de la base de données, résultant en une modification substantielle de l'ensemble ou d'une partie de celle-ci».

55 L'utilisateur légitime peut, sans autorisation du producteur de la base de données, extraire et réutiliser des parties non substantielles du contenu de la base, soit pour son usage privé et personnel, soit à des fins commerciales. Dans cette dernière hypothèse, il doit toutefois indiquer la source (article 11§ 5 et 6 de la proposition de directive).

56 Seules les bases de données librement interrogeables sont considérées comme rendues accessibles au public (article 11§3 de la proposition).



L'analyse des deux textes communautaires révèle combien la question de l'accès à l'information a retenu l'attention, le refus d'accorder cet accès pouvant constituer un frein à l'innovation technologique et à la concurrence.

Cette question se concrétise, dans la directive sur les programmes d'ordinateur, par les possibilités offertes au fabricant d'un programme compatible avec le programme protégé d'étudier le fonctionnement de celui-ci ou de le «décompiler» afin de créer un programme qui pourra lui être concurrent. Toutefois, ces possibilités sont entourées d'un grand nombre de restrictions qui les réduisent, en pratique, à bien peu d'hypothèses. La décompilation n'est permise que dans les limites de l'interopérabilité et l'étude du fonctionnement d'un programme que dans le cadre d'opérations limitativement énumérées.

Elle se concrétise, dans la proposition de directive sur les bases de données par l'obligation imposée au créateur d'une base accessible au public lorsqu'il détient un monopole sur la source du contenu de sa base et aux organismes publics chargés de rassembler et diffuser l'information, d'accorder des licences.

Ces deux voies d'accès à l'information ont donc justifié des dérogations aux droits accordés aux créateurs des programmes d'ordinateur et des bases de données, tentant ainsi tant bien que mal de réaliser le délicat équilibre entre les différents intérêts en présence nés de toute création intellectuelle protégée par le droit d'auteur.

## Propriété intellectuelle : bibliographie sélective

1. G.P.VANDENBERGHE, *Besherming van Software – Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Kluwer, Antwerpen, 1984.
2. G.BERTIN et I. de LAMBERTERIE, *La protection du logiciel – Enjeux juridiques et économiques*, Litec, Paris, 1985.
3. G.ALPA, *La tutela giuridica del Software*, Giuggré, Milano, 1984.
4. S.DENIS, Y. POULLET, X.THUNIS, *Banques de données – Quelle protection juridique ?*, *Cahiers de Recherches du CRID*, Bruxelles, 1988.
5. A.BERTRAND, M.COUSTE, *Copyright Protection for Computer Software in Civil Law Countries*, June 1-3, Amsterdam, 1988.
6. Commission of the European Communities, *Green Paper on Copyright and the challenge of new technologies*, Communication from the Commission, COM (88) 172 final, Brussels 7 June 1988.
7. R.ROBERTSON, *Legal protection of Computer Software*, Longman, London, 1990.

## 2 LA CRIMINALITÉ INFORMATIQUE

Un groupe d'experts auprès de l'OCDE a défini «l'abus informatique» comme «tout comportement illégal ou contraire à l'éthique ou non autorisé qui concerne un traitement automatique de données et/ou une transmission de don-

nées»<sup>57</sup>. Une telle définition rassemble des délits extrêmement divers ainsi que l'attestent les listes proposées par le Conseil de l'Europe qui sont décrites ci-dessous et qui constituent la somme des différentes infractions dont la mise en place est recommandée.

Le présent chapitre n'aborde ni les infractions liées à la «privacy» auxquelles une étude particulière devrait être consacrée, ni celles liées à la protection des programmes d'ordinateur analysées dans le premier chapitre. Il examine les réactions internationales qui se sont développées pour tenter d'intégrer la criminalité informatique dans un cadre juridique coordonné ainsi que les réponses données par les différents législateurs européens à certains types d'infraction relevés par le Conseil de l'Europe. L'analyse ne se veut nullement exhaustive mais plutôt illustrative des efforts déployés en sens divers par de nombreux pays pour faire face à cette nouvelle forme de criminalité.

Le 13 mars 1989, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe adoptait la recommandation n° R(89)9 sur la criminalité en relation avec l'ordinateur qui reconnaît «l'importance d'une réponse adéquate et rapide au nouveau défi de la criminalité informatique». Considérant le caractère souvent transfrontalier de la criminalité informatique, le Comité des Ministres affirme la nécessité «d'une harmonisation plus poussée des législations et pratiques et d'une amélioration de la coopération juridique internationale». Cette recommandation s'accompagne d'un rapport du Comité européen pour les problèmes criminels<sup>58</sup> en annexe duquel deux listes d'infractions ont été établies.

Une première liste, minimale, comprend des infractions devant être mises en place aux fins d'une politique criminelle en la matière. Il s'agit de la fraude informatique, du faux en informatique, des dommages affectant des données ou des programmes informatiques, du sabotage informatique, de l'accès non autorisé, de l'interception non autorisée, de la reproduction non autorisée d'un programme informatique protégé et de la reproduction non autorisée d'une topographie.

La deuxième liste est facultative et regroupe des infractions sur lesquelles un consensus n'a pu être obtenu quant à leur inclusion dans le domaine de la criminalité informatique ou leur évaluation sur le plan de la politique criminelle. Elle comprend l'altération de données ou de programmes informatiques, l'espionnage informatique, l'utilisation non autorisée d'un ordinateur et l'utilisation non autorisée d'un programme informatique protégé.

Conscients des difficultés d'application du droit pénal traditionnel<sup>59</sup> tant aux nouveaux modes de perpétration des délits permis par l'utilisation de l'informatique

57 OCDE, PIIC, *La fraude liée à l'informatique : Analyse des politiques juridiques*, Paris, 1986, p. 7.

58 Conseil de l'Europe, *La criminalité informatique*, Strasbourg, 1990, p. 115-116.

59 Les deux listes du Conseil de l'Europe ont été établies sur base de la typologie proposée par l'OCDE : fraude par manipulation d'ordinateurs, espionnage informatique et piratage de programmes, sabotage d'ordinateurs, utilisation non autorisée d'ordinateurs, accès non autorisé aux systèmes de traitement informatisé de données. Cette typologie a été complétée et précisée par le comité d'experts du Conseil de l'Europe.



qu'aux objets nouveaux auxquels la criminalité informatique porte atteinte<sup>60</sup>, de nombreux organismes sont intervenus sur la scène internationale y menant des recherches et y adoptant des recommandations<sup>61</sup>. Parallèlement, une majorité de pays d'Europe continentale ont entrepris au cours des dix dernières années de modifier leur législation existante pour y incorporer des dispositions incriminant spécialement les délits informatiques. Les approches suivies sont très variées, allant de l'appréhension globale du problème de la criminalité informatique par l'adoption d'une loi particulière ou par la réforme du code pénal à l'élargissement des dispositions classiques par un alinéa relatif à la spécificité de la matière. De même, les classifications retenues par les différents législateurs varient énormément, à l'image de celles retenues par la doctrine<sup>62</sup>.

Cette situation n'est pas sans incidence sur la répression des délits commis à l'aide de l'informatique et présentant un caractère transfrontalier. En effet, la résolution des conflits de compétence positifs qui risquent de se poser en raison de l'application par un grand nombre de pays de la doctrine de l'ubiquité<sup>63</sup> passe souvent par la réunion d'une double incrimination<sup>64</sup>.

La **fraude informatique**<sup>65</sup> consiste en une ingérence dans un traitement informatique dans le but d'obtenir un gain illégitime, ainsi le détournement de fonds dans le cadre d'un transfert électronique de ceux-ci. Son incrimination par des délits classiques se heurte aux exigences légales posées par les législations des pays

60 Ces difficultés sont liées d'une part, au fait que la plupart des codes pénaux en Europe ont été rédigés à une époque qui ignorait tout de l'informatique et de la télématique et d'autre part, au principe d'interprétation stricte des textes pénaux.

Sur l'interprétation des lois pénales en Belgique, voir P.E. TROUSSE, L'interprétation des lois pénales, *Revue de Droit Pénal*, 1952-53, p. 411.

61 Pour une analyse détaillée des changements survenus depuis l'utilisation de l'informatique et des difficultés d'application des dispositions nationales traditionnelles, cf. U.SIEBER, *La délinquance informatique*, trad. par S.SCHAFF, Story-Scientia, Namur, 1990, p. 7 et s. et 51 et s.

62 En plus des travaux menés par l'OCDE et le Conseil de l'Europe précités, des rapports ont été établis par les Nations Unies et par la Chambre de Commerce Internationale.

Nations Unies, Huitième Congrès pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, *Rapport*, New York, 1991.

Chambre de Commerce Internationale, Rapport adopté par le Comité Directeur, *Délinquance associée à l'informatique et droit pénal : le point de vue de la communauté économique internationale*, Paris, 1988, Document n° 373/76 Rev.

63 I. de LAMBERTERIE, J. HUET, Informatique et droit pénal, in *Les conséquences juridiques de l'informatisation*, L.G.D.J., Paris, 1987, p. 51.

64 L'application de la doctrine de l'ubiquité consiste à considérer qu'une infraction a été commise à l'endroit où une partie d'entre elle seulement l'a été. Sur les problèmes de compétence liés au caractère transfrontalier de la criminalité informatique, Conseil de l'Europe, *La criminalité informatique*, Strasbourg, 1990, p. 93 et s.

65 La fraude informatique est définie par le Conseil de l'Europe comme « l'entrée, l'altération, l'effacement ou la suppression de données ou de programmes informatiques, ou toute autre ingérence dans un traitement informatique, qui en influence le résultat, en causant par là même un préjudice économique ou matériel à une autre personne dans l'intention d'obtenir un avantage économique illégitime pour soi-même ou pour autrui ».

d'Europe continentale à la répression de ces délits. Ainsi, le vol suppose la soustraction d'une chose corporelle appartenant à autrui, selon la définition qui en est donnée notamment en Allemagne, Belgique, Grèce, Luxembourg. Peut-on parler de soustraction d'une chose corporelle lorsqu'il y a simple modification d'une information ? De même, la définition de l'escroquerie suppose, notamment en Belgique, France, Italie, Allemagne, qu'une personne soit trompée. Peut-on parler de personne à propos d'un ordinateur ?

Certains pays d'Europe continentale ont, à l'instar de l'Australie<sup>66</sup> ou des Etats-Unis<sup>67</sup>, établi des dispositions nouvelles leur permettant d'incriminer les fraudes assistées par ordinateur. Ainsi, au Royaume-Uni, la section 2(1) du Computer Misuse Act de 1990 réprime l'accès non autorisé à un programme ou à des données avec l'intention de commettre ou faciliter la perpétration d'une infraction plus grave. En Allemagne, l'article 263 du code pénal sur la fraude a été complété par la loi de 1986<sup>68</sup> dans les termes suivants : «Any person who, with the intention of procuring an unlawful gain for himself or for a third party, causes loss to another by influencing the result of data processing by improper programming, by the use of incorrect or incomplete data, by the unauthorized use of data, or by otherwise interfering without authorization with the processing, shall be liable ...».

L'incrimination de **dommages à des programmes ou à des données** définie par le Conseil de l'Europe comme «l'effacement, l'endommagement, la détérioration ou la suppression sans droit de données ou programmes informatiques» pose la même question d'extension des concepts pénaux. Pour qu'il y ait incrimination, la législation classique de nos pays exige le plus souvent destruction physique d'un bien matériel<sup>69</sup>. Or, celle-ci n'existe pas lorsqu'il y a effacement de programmes voire simplement de données. Certains pays ont introduit des dispositions nouvelles. C'est le cas du Portugal qui sanctionne celui qui, sans autorisation et dans l'intention de causer un préjudice à autrui ou d'obtenir un bénéfice illégitime, altère ou détruit des données ou programmes<sup>70</sup>.

Un problème spécifique qui se pose très souvent en pratique est celui de la copie illicite de données informatiques. Dans certains pays comme la Belgique<sup>71</sup>, les

66 Tant la Convention européenne d'extradition que la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives ou la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale sont basées sur la condition de la double incrimination.

67 Cf. les «Northern Territory Criminal Code Act» (n° 47) de 1983 et le «Crimes Ordinance (n° 4)» n° 44, 1985, amending the New South Wales Crimes Act de 1900.

68 Cf. the Federal Credit Card Fraud Act de 1984 et the Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Act de 1984 et 1986.

69 Second Law for the prevention of economic crimes, 1986.

70 Article 5 de la loi 109/91 du 17.08.1991.

71 Sur ce point en Belgique, cf. J. SPREUTELS, Le vol de données informatiques, *Revue de Droit Pénal*, 1991, p. 1027. En France, un arrêt de la Chambre criminelle (Crim. 12.01.1989) a reconnu qu'il pouvait y avoir vol du «contenu informationnel» de disquettes. Pour une analyse de cet arrêt, cf. M.P. LUCAS de LEYSSAC, L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons, *Revue de Science Criminelle*, 1990, 3, p. 507.

cours et tribunaux appliquent la disposition de leur code pénal sur le vol, ce qui suppose généralement que les données puissent être considérées comme des biens susceptibles de soustraction et d'appropriation. D'autres pays dont l'Allemagne<sup>72</sup> ont créé une incrimination particulière.

Les mêmes difficultés apparaissent en matière de **sabotage informatique**<sup>73</sup>. Certains pays ont étendu le concept légal de sabotage. Ainsi, la section 193 du code pénal danois, révisé en 1985, énonce : «Any person who, in an unlawful manner, causes major disturbances in the operation of public means of communications, of the public mail service, of telegraph or telephone systems, radio or television systems, data processing systems, ... shall be liable...». Cette extension très large se justifie par la volonté de prévenir, par une même incrimination, tout acte criminel fondé sur la vulnérabilité plus grande d'une «société dite informationnelle», qu'il s'agisse du sabotage d'une ligne téléphonique, du brouillage d'ondes, de l'effacement d'un programme, etc.<sup>74</sup>.

D'autres pays, tels que la France (article 462-3 du code pénal) et le Royaume-Uni (section 3 du Computer Misuse Act) ont créé des incriminations nouvelles.

Il en est de même en matière de **faux en informatique**<sup>75</sup>. Dans certains pays, les dispositions traditionnelles sur la falsification de documents ont permis d'appréhender de tels actes, les données informatiques ayant été considérées comme équivalentes à des documents parce qu'on pouvait les lire à l'aide de procédés techniques<sup>76</sup>. Souvent toutefois, les dispositions traditionnelles s'avèrent lacunaires, des problèmes tels que la valeur de la signature électronique, la qualité d'une sortie sur imprimante «falsifiée» restant irrésolus.

72 Article 202a du code pénal allemand.

73 Selon le Conseil de l'Europe, le sabotage informatique est «l'entrée, l'altération, l'effacement ou la suppression de données ou de programmes informatiques, ou l'ingérence dans des systèmes informatiques, dans l'intention d'entraver le fonctionnement d'un système informatique ou d'un système de télécommunications».

74 Sur cette extension de la notion de sabotage informatique et les arguments en faveur de cette extension, cf. U. SIEBER, *The International Handbook*, op. cit., p. 80 et s.

75 La définition du faux en informatique du Conseil de l'Europe est : «l'entrée, l'altération, l'effacement ou la suppression de données ou de programmes informatiques, ou toute autre ingérence dans un traitement informatique, d'une manière ou dans des conditions qui, d'après le droit national, constitueraient l'infraction de faux s'ils avaient concerné un objet traditionnel de ce type d'infraction».

76 Conseil de l'Europe, *La criminalité informatique*, op. cit., p. 43.

77 En vertu de l'article 13C du code pénal grec, modifié par l'article 2 de la loi 1805/88, un document est aussi «also every instrument used by a computer... or any material in which information is destined or adequate to prove facts which have legal significance». Pour une analyse de cette disposition, cf. I. VASSILAKI, *Computer Crimes and Other Crimes against Information Technology in Greece*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1993, vol. 64, p. 369.

Certains pays sont intervenus législativement. C'est notamment le cas de la Grèce qui a élargi la définition du terme «document» figurant dans sa disposition sur le faux<sup>77</sup> ou du Portugal qui a créé une incrimination particulière<sup>78</sup>.

L'incrimination de l'accès non autorisé à un système informatisé<sup>79</sup> a soulevé des difficultés. L'Allemagne a refusé de sanctionner le simple accès non autorisé, considérant que cela reviendrait à établir la responsabilité pénale à un stade trop précoce<sup>80</sup>. Aussi, la loi allemande, à l'instar de l'incrimination prévue par le Conseil de l'Europe, exige de celui qui prétend pouvoir bénéficier de la protection pénale qu'il ait pris des mesures techniques de sécurité<sup>81</sup>.

Par contre, la plupart des autres pays qui ont légiféré sur ce point sanctionnent le simple accès non autorisé, la violation de mesures de sécurité constituant parfois une circonstance aggravante<sup>82</sup>. Au Royaume-Uni, l'accès non autorisé à des programmes ou données constitue l'incrimination de base du Computer Misuse Act à partir de laquelle d'autres incriminations sont définies.

À côté du droit pénal de fond, la répression de la criminalité informatique soulève aussi des difficultés quant à l'application des pouvoirs de contrainte prévus par les règles classiques de procédure pénale. La majorité des pays européens n'ont pas encore éclairci la question de savoir dans quelles mesures ces pouvoirs traditionnels sont suffisants. La criminalité informatique a en effet fait apparaître de nouveaux problèmes. Sieber relève notamment la question de la perquisition et réquisition des données, celle de l'obligation du témoin d'imprimer les données, celle du droit de contrôle et d'enregistrement des données transmises par des systèmes de télécommunications, sans parler de la question de la collecte, du stockage et de l'interconnexion des informations nominatives<sup>83</sup>.

Ces différents pouvoirs de poursuite et d'instruction devraient faire l'objet d'une révision dans l'ensemble des pays d'Europe continentale. D'une part, «leur

78 Article 4 de la loi 109/91 du 17 août 1991. Pour une analyse de cette disposition, cf. J. de FARIA COSTA, Les crimes informatiques et d'autres crimes dans le domaine de la technologie informatique au Portugal, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1993, vol. 64, p. 533.

79 Selon le Conseil de l'Europe, l'accès non autorisé se définit comme «l'accès sans droit à un système ou un réseau informatique par violation des règles de sécurité».

80 Le débat devant le parlement allemand est particulièrement instructif à cet égard. Un premier projet réprimait «any person who makes unauthorized use of data processing equipment and by so doing causes damage to another party, entitled to use it». Ce premier projet fut abandonné. Sur ces discussions, cf. HARTMANN, La criminalité informatique et sa répression par les réformes pénales en R.F.A., *Droit de l'informatique*, 1986, n° 6, 11 et s.; M. MOHRENSCHLAGER, Computer Crimes and Other Crimes against Information Technology in Germany, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1993, vol. 64, p. 319 et s.

81 Article 203 du code pénal allemand révisé en 1986 qui punit «any person who obtains without authorization, for himself or for another, data which are not meant for him and which are specially protected against unauthorized access».

82 Par exemple, article 7 paragraphe 2 de la loi portugaise 109/91 du 17 août 1991.

83 U. SIEBER, Les crimes informatiques et d'autres crimes dans le domaine de la technologie informatique, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1993, vol. 64, p. 59.



interprétation par analogie risquerait de porter atteinte aux libertés personnelles et au principe de séparation des pouvoirs». Par ailleurs, «ces pouvoirs constituent un facteur important pour le bon fonctionnement des instruments internationaux d'entraide judiciaire»<sup>84</sup>.

### Criminalité informatique : bibliographie sélective

1. U.SIEBER, *The International Handbook on Computer Crime – Computer related Economic Crime and the Infringements of Privacy*, Chichester, New York, Brisbane, Toronto, Singapore, 1986.
2. R.KASPERSEN (éd.), *Strafrecht in de Informatiemaatschappij*, Amsterdam, 1986.
3. OCDE, PIIC, *La fraude liée à l'informatique : Analyse des politiques juridiques*, Paris, 1986.
4. U.SIEBER, R.KASPERSEN, G. VANDENBERGHE, K.STUURMAN, *The legal Aspects of Computer Crime and Security. A comparative Analysis with suggestions for future international Action*, Document prepared for the Commission of the European Communities – Legal Advisory Board, 10.12.1987.
5. U.SIEBER, *La délinquance informatique*, trad. par S.SCHAFF, Story-Scientia, Namur, 1990.
6. CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation n° R(89)9 sur la criminalité en relation avec l'ordinateur et *La criminalité informatique*, Strasbourg, 1990.

## 3 LES SERVICES TÉLÉMATIQUES GRAND PUBLIC

Le mariage de l'informatique et des télécommunications a permis, en Europe continentale comme ailleurs, l'éclosion de nombreux services dit «télématiques», selon l'expression du rapport français Nora-Minc. A côté des services télématiques destinés au monde professionnel, se sont développés des services télématiques grand public. Certains gouvernements ont permis, dans le cadre de politiques volontaristes, l'éclosion de multiples services fondés sur le système vidéotex<sup>85</sup> : annuaire électronique, messagerie rose, presse électronique, home shopping. On cite volontiers, l'expérience Télétel française (plus de trois millions de terminaux en circulation) mais les expériences hollandaise (VIDITEL), allemande (Bildschirmtext) et italienne (VIDEOTEL) sont également remarquables. Il semble en tout cas qu'en France et Hollande, ces expériences aient permis la

<sup>84</sup> Conseil de l'Europe, *La criminalité informatique*, op. cit., p. 77 et s.

<sup>85</sup> Le vidéotex est «un service interactif qui permet aux usagers des terminaux vidéotex, grâce à un accès approprié garanti par des procédures normalisées, de communiquer avec des bases de données et d'autres applications basées sur des ordinateurs en passant par des réseaux de télécommunications» (recommandation F.300 du Comité Consultatif International Télégraphique et Téléphonique, 1988).

création d'un véritable marché privé. Depuis 2, 3 ans le service d'information vocale «audiotex»<sup>86</sup> connaît un immense succès parmi le grand public. Il faut cependant reconnaître que, dans les pays où ils ne sont pas interdits, ce sont les services «roses» qui drainent la plus grande audience, même si leur part proportionnelle semble progressivement diminuer au profit des services de home shopping.

Le propos de cette section est d'analyser succinctement le régime juridique applicable à ces services, en tenant compte des réglementations spécifiques et surtout des codes de conduite souvent mis en place lors de l'introduction de ces nouveaux services<sup>87</sup>, mais également de la doctrine et de la jurisprudence.

L'offre de services télématiques grand public n'est soumise à aucune autorisation préalable<sup>88</sup>. Ainsi, si l'ancienne loi française de 1982 sur la communication audiovisuelle prévoyait un régime provisoire d'autorisation, l'article 43 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit un régime de simple déclaration non applicable en outre aux services de courrier électronique, considérés comme des services de correspondance privée<sup>89</sup>. Suivant cette même loi, tout service doit, sur le modèle de la presse, avoir un directeur de publication et assurer sa transparence vis-à-vis de l'utilisateur (informations quant aux tarifs, à l'éditeur responsable, etc.).

Si l'offre de services n'est généralement soumise à aucune autorisation, le contenu des services offerts peut être quant à lui réglementé ou normalisé, en particulier pour des raisons de protection des consommateurs. Aussi bien pour le vidéotex que l'audiotex, on constate l'éclosion de plusieurs codes de bonne conduite. Ainsi, en Grande-Bretagne (tout comme en Irlande), les principales dispositions régissant l'audiotex se trouvent dans le «code of practice» de l'I.C.S.T.I.S. (the Independent Committee for the supervision of standards of Telephone Information Services). Ce code, produit par les industriels du secteur, a pour objectif de régir le contenu et la promotion du service audiotex<sup>90</sup>.

86 L'audiotex est un service interactif permettant l'accès par le réseau téléphonique à des bases de données utilisant la reconnaissance vocale ou la reconnaissance des sons et fournissant l'information sous forme vocale ou via d'autres supports comme la télécopie ou le vidéotex.

87 France : décision de la C.N.C.L. du 4 février 1988 relative au télé-achat; circulaire du 17 février 1988 prise en application de l'article 43 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication applicable à certains services de communication audiovisuelle;

Italie : decreto ministeriale 17 mai 1985;

Allemagne : Bildschirmtext-Staatsvertrag du 18 mars 1983;

Pays-Bas : Videlcode inzake reclame en interactief gebruik, 1 janvier 1984.

88 Sauf en Italie où «tout service Videotel doit faire l'objet d'une autorisation préalable du Ministre soumise à l'obligation de respecter les précrets des conditions d'abonnement» (Décret ministériel du 30 octobre 1982).

89 C'est dans la mesure où de tels services, y compris les services de «messagerie rose», sont considérés comme des services de correspondance qu'ils échappent à toute incrimination d'outrages publics aux bonnes mœurs.

90 Les informations relatives aux différents codes de conduite sont extraites d'une étude réalisée dans le cadre du Centre de Recherches Informatique et Droit (FUNDP) et non publiée : C. MONVILLE, Un code de conduite pour le service audiotex pan-européen.

La démarche française est différente. France Télécom propose aux fournisseurs d'informations un contrat auquel ceux-ci doivent adhérer. Ce contrat ne comporte que 8 articles portant les principales dispositions régissant le service : interdiction des services permettant l'échange de correspondance entre utilisateurs non identifiés, durée maximale des communications, garantie de continuité du service ... Les dispositions relatives au contenu du service sont énumérées, dans les grandes lignes, dans un code de déontologie annexé au contrat. En annexe, on trouve encore quelques articles relatifs à la promotion du service et surtout un rappel des textes réglementaires applicables au service audiotex. On constate, ainsi, qu'en France c'est le cadre réglementaire qui prime et que de nombreux domaines, régis, en Grande-Bretagne et en Irlande, par le code de déontologie, sont de la compétence du législateur en France.

En Allemagne, c'est un «contrat d'Etats» et non pas un code qui définit le service vidéotex. Un exemple : le *Bildschirmtextstaatsvertrag* allemand oblige les producteurs à offrir une information exacte, loyale et mise à jour et à identifier par un «W» (*Werbung*) toute publicité.

En Belgique, aucun code de conduite n'a été établi par les fournisseurs de services audiotex. On se référera dès lors au contrat qui lie Belgacom aux fournisseurs.

Ces codes de conduite sont très variés et présentent des divergences sur des points aussi essentiels que la détermination des services acceptés, interdits ou soumis à des règles plus strictes, le contenu des services, les règles applicables aux services spécialisés, aux services adressés à un public particulier, la durée du service, la promotion et la publicité, la surveillance du service,...

Quatre exemples en matière d'audiotex illustreront ces différences. Ainsi, alors qu'au Royaume-Uni, aucun service n'est totalement interdit même si certains sont sévèrement réglementés, la France interdit les services «permettant l'échange simultané de correspondance ou d'informations entre utilisateurs non identifiés de façon certaine».

Des divergences apparaissent aussi dans les services soumis à des règles particulières plus sévères. En Irlande, seuls les services ayant pour objet une information religieuse ou politique ou des oeuvres de charité sont spécialement contrôlés. Au Royaume-Uni, la liste de ces services est beaucoup plus vaste et couvre notamment les concours et jeux avec prix, les offres d'emploi, les services de nature sexuelle.

En ce qui concerne les services spécialisés, aucune règle spécifique n'est prévue en France alors que le Royaume-Uni et l'Irlande imposent aux fournisseurs de service d'inclure la mention «Obligation de consulter un spécialiste».

Quant à la durée du service, le contrat français exige du fournisseur de service l'engagement d'interrompre la communication au bout de 140 secondes maximum tandis que le Royaume-Uni n'impose une limite de temps que pour les services adressés à des enfants et pour les services interactifs.

Il convient de noter qu'une initiative a été entreprise à l'échelle européenne par l'EIIA (European Information Industry Association). Celle-ci travaille à l'élaboration d'un code de conduite pour le contrôle transfrontières des services audiotex et videotex en Europe.

Actuellement, en l'absence d'harmonisation communautaire, ce sont les règles générales du traité de Rome relatives à la libre prestation des services (articles 59 à 66) qui sont d'application pour la fourniture d'un service télématique dans un Etat membre autre que celui où est établi le prestataire<sup>91</sup>, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice en la matière. En principe, le fournisseur d'un service qui a satisfait à la réglementation applicable dans la pays d'émission du service doit pouvoir prêter librement son service dans les autres pays des Communautés européennes. Ces derniers ne peuvent imposer de restrictions indistinctement applicables à cette émission transfrontalière et aux émissions nationales qu'à une triple condition<sup>92</sup> :

- les restrictions doivent être justifiées par une «raison impérieuse d'intérêt général» telle que la protection des consommateurs, la protection de la propriété intellectuelle;
- elles ne doivent pas être déjà imposées dans l'Etat membre d'émission du service;
- elles ne peuvent être disproportionnées par rapport à l'objectif souhaité, celui-ci ne devant pas pouvoir être atteint par des règles moins strictes.

D'autres restrictions applicables uniquement aux services fournis par un prestataire établi dans un autre Etat membre sont également possibles à condition d'être justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

Le principe de l'application de la loi du pays d'émission a été spécifiquement retenu par France Telecom et Intelmatique pour leurs interconnexions vidéotex avec pratiquement tous les opérateurs des Communautés européennes.

Une intervention des Communautés européennes a toutefois été entreprise dans le domaine des contrats négociés à distance sous l'angle de la protection des consommateurs. Une recommandation<sup>93</sup> a été adoptée demandant aux organisations professionnelles de se doter de codes de conduite sur une série de points mentionnés en annexe. Parallèlement, une proposition de directive<sup>94</sup> actuellement en discussion

91 Actuellement, les appels transfrontières d'audiotex ne sont pas possibles, les opérateurs de réseau ne voulant pas prendre le risque de résoudre les problèmes techniques en l'absence de cadre juridique pour les services pan-européens.

92 Voir notamment les arrêts Guides touristiques du 26 février 1991 et Mediawet du 25 juillet 1991 (C.J.C.E., 26.02.1991, C-154/89, *Recueil*, I, 659 et C.J.C.E., 25.07.1991, C-353/89, *Recueil*, I, 4069).

93 Recommandation de la Commission du 7 avril 1992 concernant des codes de conduite pour la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance, *J.O.C.E.* n° L 156 du 10.06.92, p. 21.

94 Proposition de directive du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance, *J.O.C.E.* n° C 156 du 23.06.92, p. 14.



fixe des règles générales pour les contrats négociés à distance entre fournisseur et consommateur, notamment sur la présentation de l'offre de contrat, son contenu, celui du contrat, le droit de résiliation. Cette proposition couvre les techniques de communication à distance de type vidéotex et audiotex<sup>95</sup>.

La réalisation des opérations peut entraîner d'autres difficultés. Certaines législations<sup>96</sup> exigent comme preuve d'une opération civile un écrit signé. La validité de clauses insérées dans les conditions générales des contrats permettant l'accès à des services télématiques selon lesquelles : «The registration of the automatic apparatus or its reproduction on computer data carriers count for the issuing organization as proof of the effected operations, which took place by means of the card or the electronic key with whom the systems operates» peut être mise légalement en cause pour des raisons de protection des consommateurs. Ainsi, l'article 180 du code de procédure civile hollandais stipule : «Agreements which sets aside law on evidence are not admissible when they concern the proof of facts, which have legal consequences, and are not free to parties». La Corte di cassazione italienne décida le 29 janvier 1982 que les parties ne sont pas libres de contracter en matière de charge de la preuve lorsque la position d'une des parties est de ce fait affaiblie.

En conséquence, ils semblent qu'en Europe continentale, si aucun juge ne rejette a priori ni la preuve ni la signature<sup>97</sup> informatisée<sup>98</sup>, cependant il se réserve le droit, nonobstant les clauses évoquées et les exigences du système légal en vigueur d'apprécier la valeur de tels enregistrements, en fonction de critères techniques et organisationnels<sup>99</sup>.

### Les services télématiques grand public : bibliographie sélective

1. Y. POULLET, G. VANDENBERGHE (éd), *Telebanking – Teleshopping and the Law*, Computer Law Series, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1988.
2. C. MONVILLE, Y. POULLET, *La demande finale en télématique – Aspects juridiques*, La documentation française, Paris, 1988.

95 Annexe 1 de la proposition; pour une analyse de ces deux textes, cf. J. ALLIX, La protection du consommateur en matière de contrats à distance, *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1993, p. 95.

96 Ce sont notamment les législations belge, française et luxembourgeoise qui exigent légalement un écrit signé. De telles dispositions légales sont cependant considérées comme supplétives. Sur cette question en droit comparé, B. AMORY, Y. POULLET, Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique, *Droit de l'Informatique*, 1985, n° 5, 14.

97 Il faut mentionner une exception. Le tribunal de grande Instance de Sète (9 mai 1984) affirma que la signature dite électronique ne peut équivaloir à une signature légale.

98 Sur cette conclusion, A. MEYBOOM, in Y. POULLET-G. VANDENBERGHE, *Telebanking-Teleshopping and the Law*, Computer Law Series, Kluwer, 1988, pp. 52 et s.

99 On notera que ce sont précisément les conclusions de la recommandation n° R (81) 20 du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe, relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence de preuve écrite et d'admissibilité de copies ou de traitements informatiques.

3. T.BOURGOIGNIE, M.GOYENS, J.LAFFINEUR, *Questions juridiques liées à l'introduction de la télématique grand public*, UCL, Centre de Droit de la Consommation, 1985.
4. F.VAN RYN, R.WILLIAMS (éd.), *Concerning Home Telematics – Proceedings of the IFIP TC9 Conference on social Implications of HIT*, North Holland, Amsterdam, 1987.
5. W.RING, R.HARSTEIN, *Bildschirmtext heute – Neues Recht und Praxis*, Verlag für Verwaltungspraxis Franz Rehm, München, 1983.

## CONCLUSIONS

A travers les trois thèmes choisis, est apparue la difficulté du droit à intégrer une donnée technique en évolution permanente et à vocation internationale.

A propos de la protection des logiciels et des banques de données, se sont révélées les multiples failles d'une protection que le droit pour des raisons économiques évidentes se devait d'assurer. Il l'a fait sur base de la protection reconnue internationalement que lui offrait le droit d'auteur. Les multiples adaptations au régime du droit d'auteur introduites en particulier dans la directive sur les programmes d'ordinateur révèle la non adéquation des protections juridiques classiques. Sans doute, la directive banques de données a-t-elle plus que la précédente osé des constructions nouvelles et s'est montrée plus sensible aux intérêts de la concurrence. M. Vivant parlait du droit de l'informatique comme un «droit de l'immatériel». Ce droit est bien à construire en matière pénale là où il faut bien constater les dangers d'une répression des diverses formes de *criminalité informatique* par les dispositions pénales classiques envisagées à propos de biens tangibles. Les créations législatives nouvelles font surgir une autre crainte : punir l'accès intentionnel au contenu d'une banque de données, n'est-ce pas «surcriminaliser» ce qui en définitive dans le chef de nombreux bidouilleurs, n'est qu'un jeu.

Si le droit de l'informatique est un droit de l'immatériel, quant à son objet, il représente également dans son mode d'élaboration la caractéristique d'être un droit adouci, un «soft law». L'éclosion de nombreux codes de conduite élaborés par l'industrie des services télématiques au sein de groupements professionnels, parfois relayés voire encouragés par l'action des pouvoirs publics s'explique par le refus des techniques réglementaires classiques qui figent des solutions sans tenir compte d'une évolution technique et dont l'élaboration nationale tient peu compte de la discussion internationale de l'offre de tels services.

Faut-il en conclure que le droit des technologies de l'information et de la communication est révolutionnaire ? L'analyse ne nous paraît pas conduire à une telle conclusion. Les techniques nouvelles obligent à relire le droit, à en approfondir les concepts. Ce n'est que les mains tremblantes que le juriste touchera aux lois. Entretemps, il se doit de définir des modes d'encadrement nouveaux d'une réalité technique mouvante et sans cesse plus internationale.